

爭議行爲の正當性と「社會的相當性」の觀念

——いわゆる刑事免責の構成に關連して——

佐藤 昭夫

一 はしがき

二 構成要件該當性阻却説の發生とその問題

三 爭議行爲にたいする法意識と論理構成

——思惟經濟を媒介として——

四 西ドイツにおけるストライキの法的評價と論理構成
五 むすび

——爭議權の發展と社會的相當性の觀念——

一 はしがき

いわゆる爭議行爲の刑事免責に關しては、その論理構成について周知のような争いがあつた。すなわち、爭議行爲が正當であれば、構成要件には該當してもその違法性を阻却されとするのか、あるいは、正當な爭議行爲は構成要件

爭議行爲の正當性と「社會的相當性」の觀念

件に該當しないとみるのか、という點である。

しかし他方、勞働法關係の學者がこの點を問題としたことには、たとえば宮内教授から、つぎのように指摘されていた。すなわち、「それは論理的な構造と警察・檢察廳などの爭議を犯罪視し、強制處分を行いがちな意識とを混同しているからである。問題は前者にはなく、後者の前近代的・ファシズム的意識にある」。「刑法學上それが違法阻却原因として把握されるか否かということは、單に技術的な問題であつて、實質的な意味はもない」と。^(一)そしてその後技術的觀點から、この問題にふれた藤木助教授の論文もあらわれている。^(二)またこれと類似の問題は、久保助教授によつて紹介・論評されたところであるが、近年西ドイツにおいてもニッバーダイの主張を中心として論じられた。そして興味深いことにその論争は、技術的な論理構成の問題にとどまらず、ストライキの社會的相當性 (soziale Adäquanz) をめぐる法的評價に關しても行われたのである。その主張の對立には、ストライキにたいする意識の微妙な差異を反映する面——ストライキの適法性をそのものとして承認するか、あるいは既存の違法阻却事由の一つに類推していくか——がみられる。そしてそのことによつて、爭議權理論の發展の一經路を暗示し、また意識と論理構成の結びつき方についても、一つの實例を提供しているように思われる。

そこで本稿では、こうした諸説をかえりみながら、問題の一應の整理をこころみたいと考える。すなわち、第一は技術的な問題として、いずれの構成がどのような意味で優れているかの検討であり、第二にはそれとの關連において、爭議行為にたいする意識の發展の問題である。それは爭議權の歴史的品格をかえりみるのにも、いくらか役立つ點があるだろう。

(一) 宮内教授「爭議權と刑罰權の若干の問題」(季刊勞働法15) 一九頁、一一頁。なお有泉教授「爭議權の構成について」(勞働爭議權の研究) 所收) 六三頁參照。

(二) 藤木助教授「社會的相當行為雜考」(警察研究二八1)。

(三) 久保助教授「爭議權の二つの課題のために」(神戸法學雜誌六1・2)・「ドイツにおけるスト權の原則的承認と同情スト」(季刊勞働法26)。

二 構成要件該當性阻却説の發生とその問題

從來、檢察廳や裁判所などの判斷では、正當な爭議行為は勞組法第一條第二項の規定によつて、一般には違法阻却事由となるものと考えていた。正當な爭議行為は構成要件に該當しないという説は、これにたいする批判の意味をもつていたわけである。そこでまず、後者がどのようなところから主張されたのか、その發生の事情を一瞥しておく。

ながいあいだ勞働者の自由な活動を妨げていた彈壓諸法規は、敗戦後あいついで廢止された。しかし刑法その他の刑罰法令が——それ自身は一般犯罪を目當てとし、したがつて直接勞働組合の彈壓を目的とするものではないにもかかわらず——組合彈壓のために濫用される危険は濃厚であつた。そこで「この危険を完全に解消して、更に積極的に團結權を保障する目的で」、「勞務法制審議會の(勞働組合法) 原案は最初、團結權保障上有害と思われる一切の法規を列擧して、勞働運動には一切これを適用しないという規定」をおいていたのである。^(一) すなわち團結權の内容として、爭議行為は一般に刑法各本條等の豫想しないところと考えられた。したがつてこの立場においては、それが抽象的に

構成要件に該當するかどうかは、問題にするだけ無駄だつたわけである。ところがこの原案は、その後政府の手に移つて、（舊）勞組法第一條第二項の「刑法第三十五條ノ規定ハ勞働組合ノ團體交渉其ノ他ノ行爲ニシテ前項ニ掲グル目的ヲ達成スル爲メシタル正當ナルモノニ付適用アルモノトス」という規定にされてしまつた。もつともこの變更は、表面上は刑法體系を紊さないためという、技術的理由がその根據とされている。^(三)だから、刑法その他の形式的適用によつて、勞働運動に介入することは許されないという原案の趣旨は、當然のことながら、成立した勞組法においても少しもかわるところはなかつた。しかしながらその表現において、「素人には何のことか判らない」「全く民主主義時代にふさわしからぬ條文」であるだけでなく、『……正當ナルモノニ付……』と云う解釋上惡用される恐れのある條件つき^(三)のものにされてしまつたのである。

この解釋をめぐつて檢察廳ないし一部の裁判所は、正當な爭議行爲の範圍を、本質的に集團的勞働力提供の拒否にかぎろうとする態度をとつた。この立場からすれば、構成要件に該當する爭議行爲のうち單純な職場退去、あるいはせいぜい言論の自由というような論理によつて、狹義の平和的説得だけが刑法三五條の適用をうけ、違法性を阻却される。その限度をこえた行爲は、原則として——刑法三六條、三七條などの緊急狀態における違法阻却事由、および責任阻却事由が存しないかぎり——犯罪とされるわけである。そこで、爭議の戦術的要請から必然的に生じてきた生産管理、ピケット、停電スト、等々にたいして、警察・檢察廳などによるきびしい干渉が加えられたのであつた。^(四)しかしそこには、すくなくともつぎのような問題があつたと思われる。すなわち、違法性はもともと具體的實質的なものであるはずである。ことに勞働爭議は、いわば一種の闘争狀態であるから、各當事者がどのような爭議行爲に出る

かは、一つには相手の態度もしくは行爲などとの關係できまつてくる。したがつて、労働組合の行爲だけをきりはなして、その正當性の範圍を、一律に固定的にきめてしまうわけにはいかない。ところが前述のような立場では、これをきわめて狭い、固定的概念で律することになる。そしてその結果、職場退去等を除いては、爭議行爲であつても、一般の行爲と同じく、形式的に構成要件に該當するかぎり違法性が推定され、強制處分が行われるわけである。だからその結果は、正當の範圍内においては、爭議行爲をほとんど實効性のないものとするのにひとしいし、また労働者が通常行わざるをえない現實の労働爭議を、權力的に抑壓するものであつた。

そこでそのような解釋と、それにもとづく強制處分にたいしては、爭議行爲は原則として正當であるという觀點からの批判が、當然むけられた。爭議行爲として常規を逸したものでないかぎり、形式的になんらかの罪名にあたるとしても、適法な權利の行使とみられるべきことが要求されたのである。ところで、前述のように檢察廳的思考によれば、構成要件該當性は、一般に爭議行爲——職場退去等を除いて——の違法性を推定させるものであつた。つまり構成要件該當性——違法性阻却という判斷過程によるときは、爭議行爲が構成要件に該當するというだけで強制處分の對象にされやすい、また犯罪視されやすい、という現實の狀態があつたわけである。そのためこれにたいする批判の一つは、通常行われるような爭議行爲は、形式的な構成要件該當性を問題にするまでもなく、刑法的關心の外におかれるべきだという形をとつた。だから爭議行爲については、労働法的な（それを含んだ全法秩序的な）正當性の判斷が先行すべきだということが、早くから説かれもしたのである。そしてその論理構成をつきつめれば、恐らく刑法第三五條に關する刑法學說として、江家教授の説かれていたところ——後述するが——と同じようなものであつたと思わ

れる。しかし當初は——違法性阻却説に反對して——爭議行為が權利の行使であり適法行為であることが強調されたが、それだからどのような論理構成をとるのかは、あまり論じられなかつたように思う。^(六) またいうまでもなく實質的問題は、通常の爭議行為を爭議行為であるという理由で正當とみるか、それとも職場退去等以外の行為には特別の違法阻却事由を要求するか、という點にあつたわけであらう。

ところが五五年ごろになつて、問題が構成要件該當性阻却という、論理構成の面で提出された。それまでも、もともと違法性阻却説に反對する主張は、通常の爭議行為にたいする刑事免責の論理過程が、構成要件該當性の判斷にまで至らずにすむという意味では、その構成要件該當性を否定するものであつたといつてよいかもしれない。しかしとくにこの點が、宮島助教授によると、「爭議行為は原則として當然正當合法でありそれは市民刑法の構成要件に該當しないとすることでは、正當な社會意識に合致しない」。^(七) 違法性阻却という構成は「明かに爭議權の本質に合致しない」^(八)と説かれるようになったのである。ところでこうした批判も基本的には、形式的な構成要件該當性によつて爭議行為の違法性を推定するという、檢察官的構成にむけられていたようである。^(九) だからそのかぎりでは、末弘博士以來の考え方と、それほど異なるところはない。ただ違法性阻却説が、ややもすれば檢察官的構成と結びつきやすかつたためでもあらうか、これに對立するものとして「構成要件該當性そのものを阻却する」ということがいわれ、違法性阻却の構成自體が爭議權の本質に反すると主張されたのである。これどもこの主張には、いくらか獨斷的な感じを免れないと思う。すなわち、爭議行為が原則として正當であるということは、多くの學説にとつて當然のことであらう。しかしこのことを前提とした場合でも、構成要件該當性阻却という論理構成をとらなければならないというこ

とは、必ずしもでてこないのではないかと思われる。第一に、構成要件該當性阻却とするまでもなく、正當行為については構成要件該當性は問題にならない——後述するが——とみてもよいであろう。また第二に、爭議行為が原則として正當であるということは、爭議行為の中で例外的に違法性を阻却されるものがあるという考え方は、もちろん對立する。しかしそれだけのことであつて、爭議行為は原則として違法性を阻却されるという構成をとつてどうしていいかないのかは、論證されていないようである。前述の、宮内教授の指摘は、やはり否定できないように思う。

さてこうみると、重要なのは爭議行為にたいする法的價值判斷であつて、その論理構成自體ではなかつたわけである。(二)たとえば爭議行為を原則として正當と評價しながら、違法性阻却説をとることもありうるし、また逆に、正當性の範圍を職場退去等にかぎりながら、構成要件該當性阻却説によることもあるだろう。しかしながらまたこのことは、論理構成自體には何も問題がないということは意味しない。すくなくとも技術的にみて、どちらの論理構成がより優れているか、という點の検討を必要とすると思われる。そしてそれは、技術的論理操作の問題なのだから、その前提として爭議行為をどう評價するかということと相關的——職場退去のみを正當とする場合に適した技術は、その前提條件が、爭議行為を原則として正當とみるように變つた場合には、必ずしも適當とはかぎらない——になるだろう。したがつてまたこの點の検討は、それぞれの論理構成が、どのような意識と結びついて用いられやすいかという點を、側面からあきらかにするのにも役立つと思われる。なぜなら一般的に、それぞれの意識は技術的にみて、自己に適した構成をとるだろう。また論理の型からくる思考の慣性によつても、論理構成と一定の意識との、ある程度傾向的な結びつきがみられるのではないかと想像するからである。そこでこうした角度からの論理構成の検討を通ず

ことによつて、檢察廳的思考過程にたいする批判も、より具體的になりうるのではないかと考える。

(一) 末弘博士「労働法のはなし」七六、七七頁。勞務法制審議委員會答申（昭20・11・24）の労働組合法案は、つぎのようになつていた。

「第二條 左ノ法令ノ關係條項ハ労働組合ノ爲ニスル組合員ノ前條規定ノ精神ニ基ク行為ニツイテハ之ヲ適用セス

一、刑法

二、暴力行為處罰ニ關スル法律

三、警察犯處罰令

四、行政執行法

五、出版法」（労働省編「資料労働運動史昭和20—21年」七六八頁）。なお末弘博士「労働組合法解説」八頁参照。

(二) 松岡教授（對談）「労働法の内幕（上）」（季刊労働法8）五三頁の發言。

(三) 末弘博士「労働法のはなし」七七頁。

(四) たとえば、法務府労働社會課長であつた神山欣治檢事の「労働刑法」（昭25）によつて「各種爭議行為の正當性の限界」をみると、「怠業」、「坐り込み罷業」、「第二次ボイコット」、「電産の狙打停電スト、何分間停電ストの如き職場施設の占據を伴うスト」、「生産管理」は正當な行為でないとされている。またハンストも「その正當性が問題となり得る」し、ピケットも「平和的な説得勧誘の範圍に止る限りは正當」だが、三友炭鑛事件のような「坐り込みという實力行使（裏切分子に對する説得の範圍を越える）」は不當行為だとされる（一一八—一二五頁、一五四頁）。結局單純な労働力提供の拒否、および市民法的な言論の自由から基礎づけられる「平和的説得」が正當と認められたにすぎないわけである。このような考えにしたがえば、日本の現實において通常とられるような爭議手段は、ことごとく違法ということになるだろう。なお拙稿「判例にあらわれたピケット論——その發展をかえりみて——」（労働法11参照）。

(五) たとえば特殊齒輪製作所事件において、第一審（大阪地裁25・2・10）は、ピケットが正當な限界を逸脱しないとし、控

訴審（大阪高裁26・2・9）は、被告人の言動と工員の業務執行停止の間に因果關係はなく、業務妨害罪は成立しないとしたが、これにたいして、「原審判決に比し控訴判決はより後退している」というような批評がなされていた（西村（幸）・乙川教授「爭議中の労働者の言動の限界並に爭議行為の正當性の限界」季刊労働法2）。

（六）違法性阻却説にたいしては、平賀健太氏、吾妻教授、山中教授、本多助教授らがそれぞれ反対されていた。その理由は（平賀氏は別として）、主として爭議行為が權利行使ないし本來適法行為だということにあつたようである（吾妻教授「労働法の基本問題」六九頁、山中教授「労働爭議」七八頁、本多助教授「爭議權の構造について」法學雜誌一三五〇頁参照）。しかし有泉教授が指摘されていたように（「爭議權の構成について」前掲五四頁）、權利の行使ということは、これを違法性阻却と説明して悪いということにはならない。違法性阻却説に對立する意味での論理構成は、まだ必ずしもあきらかにされていなかったように思われる。宮島助教授「日本の爭議權の構成について」（季刊労働法15）五五頁注七参照。

（七）宮島助教授、前掲五八頁。

（九）たとえば前掲五一頁は、「現に違法性阻却という市民法上の論理を以てする場合には、それはあくまで例外として一應違法性の推定をうけることによりせめられた市民的權利以上の何物でもなくなる」とし、これを反對理由の一とされていた。

（一〇）構成要件該當性阻却と構成することによる實際上の差異について、宮島助教授は、「手續的には、違法性阻却については被告人の主張がなければ判斷が示されないが（刑訴三三五條）、構成要件該當性阻却は當然罪となるべき事實の中で示されねばならないのではなからうか」（前掲五八頁）とされていた。しかし刑訴法三三五條一項では、罪となるべき事實をしめせばたり（それは當然、構成要件に該當すると裁判所の判斷した事實であるが）、構成要件該當性阻却理由の不存在という點に關しては、同條二項の被告人側の主張がなされないときは判斷をしめす必要はないように思われる。そうだとすれば違法性阻却説による場合と、實質的差異がないであらう。考えられるのはむしろ、有罪判決に到達するまでの立證過程のようである。すなわち通説的見解にしたがえば、一般に構成要件該當の事實があれば一應有罪が推定される。つまり違法性阻却事由の不存在も推定されるわけである。だから違法性阻却説による場合には、檢察官は、違法性阻却事由の不存在について裁判所に疑問が生じた

場合にのみ、これを積極的に證明すればよい。ところが構成要件該當性阻却説をとれば、構成要件該當の事實ありとするためには、爭議行為に關しては、形式的に構成要件に該當する行為の存在だけでなく、その阻却事由の不存在を證明する必要があるだろう。したがつて一見、前者の場合と相違が生ずるように思われる。しかしその場合でも、もしも爭議行為の正當性の規定に關して、依然として職場退去等のみが正當だとの立場がとられるならば、爭議行為がその限度をこえていたことを證明すれば、構成要件該當性阻却事由の不存在を證明したことになるだろう（そして爭議行為が職場退去等にとどまるならば、違法性阻却説によつても、違法阻却事由の不存在の推定は破れるであろう）。これに反して、爭議行為が原則として正當だとの立場さえとられれば、違法性阻却説による場合でも、爭議行為が構成要件に該當するからといって、違法阻却事由不存在の推定は成立たないはずである。だから常にその不存在（爭議行為が正當の範圍をこえていること）を證明する必要がある、結局構成要件該當性阻却説の場合と同じになるだろう。

また違法性阻却説によるときは、「例外法は嚴格に範圍を狭められねばならぬ」というような考え方がはたらいて、微妙なる制限解釋をする理論も成立しようという批判もされている（山中教授、前掲七一頁以下、なお本多助教授、前掲五〇頁）。私もこの批判を正當だと考える。しかし制限解釋の危険性は思考の慣性の問題——後述するが——であつて、違法性阻却の論理構成自體が誤つてゐるわけではないだろう。爭議行為は原則として違法阻却事由になると構成すれば、その危険性を免れると思う。なお本稿でのべてゐるのは、形式的にみれば構成要件に該當するような爭議行為の免責を、どう構成するかの問題である。ある爭議行為が形式的に構成要件に該當するとみるかどうかは、また別の問題點を生ずるであろう。神山檢事「同盟罷業と強要罪又は恐喝罪」（「木村博士還暦祝賀刑事法學の諸問題（上）」所收）参照。

三 爭議行為にたいする法意識と論理構成

——思惟經濟を媒介として——

論理構造自體に實質的意味があるわけでないことを指摘して、宮内教授は、「構成要件該當性と違法阻却原因の關

係は、原則―例外というわれわれの思惟經濟にもとづく技術的操作にすぎない^(一)といわれている。そこでつぎに問題を、思惟經濟の觀點からながめてみたいと思う^(二)。

一般に構成要件は、違法性を徴さないし推定する機能をもつことがみとめられている。構成要件に該當する行爲は、例外的に違法阻却事由が存しないかぎり、違法とされるのである。したがって刑法的評價においては、行爲が構成要件に該當するか否かをまず判断し、その該當するものについて違法阻却事由の有無を検討することが、適當な順序となるだろう。しかしそれは一般の場合にいわれることであり、刑法第三五條の行爲については事情が異なる。すなわち「法令又ハ正當ノ業務ニ因ル行爲」(ないし正當行爲)は、社會的な行爲類型としてみた場合、一般に適法な行爲である。そして江家教授によれば、それは通常の事情の下において適法な行爲、すなわち常規的適法行爲として、違法阻却事由(教授のいわゆる緊急的適法行爲)から除外して説明されていた。それらの行爲が「違法性を有せざること^(三)は當然であり、従つて又、構成要件該當性の問題も起り得ない」とされていたのである。もつとも刑法學説における多數は、これを違法阻却事由の一とした。しかしその場合でも、他の違法阻却事由とは異つた性格がみとめられなければならないのは、當然のことであろう。たとえば團藤教授によれば、正當防衛などが、いわば例外的消極的行爲の違法性を解除するのたいして、一般的適法行爲(江家教授の常規的適法行爲)は、行爲に原則的・積極的社會的相當性を付與するものである。だから一般的適法行爲については、構成要件該當性が肯定される場合にも、その違法推定機能は働かないものと考えられているのである^(四)。そこで爭議行爲については、つぎのようになると思う。

爭議行爲は、爭議權が保障された現在においては、まさにこの一般的適法行爲に屬するとみられるだろう。そして

このことが前提とされるならば、たとえその構成要件該當性——解釋の可能性としては、ほとんどあらゆる爭議行爲が構成要件に該當するとされ得るかもしれない——を認めても、それによつて爭議行爲の違法性を推定することはできない。その行爲が違法となるのは、むしろ例外的に適法性の推定を破る、いわば適法阻却事由の存した場合だけである。したがつて、たとえばあるピケットを、まず抽象的な威力業務妨害一般としてとらえるならば、構成要件該當性——違法阻却事由は、原則——例外の關係にある。しかしこれを、一般的適法行爲という性格においてみるならば、原則——例外の關係にあるのは、いわば一般的適法行爲——適法阻却事由だといつてよいだろう。そこで、爭議行爲についても、構成要件該當性からはじめる一般の場合と同じ判斷過程にしたがうならば、その大部分は、構成要件該當性、違法性阻却（適法阻却事由の不存在）、と二重の判斷を経て、結局免責を認められる結果になるだろう。しかし、もし違法性（例外的な適法阻却事由の存否）の判斷を先行させるならば、大部分は適法としてそれだけで済み、構成要件該當性を問題とする必要がなくなるはずである。だから、この點に關するかぎりでは、後者の方が、思惟經濟上むしろすぐれているように考へる。

だがそれにもかかわらず、通説が一般的適法行爲の構成要件該當性を肯定するのは、なぜであらうか。この點は、つぎのように説明されるようである。すなわち、一般的適法行爲としての外形を有する行爲が、つねに刑法的評價の對象から除外されることはできない。たとえば手術、競技等は一般的適法行爲であるが、それを利用して殺人・傷害行爲をする場合など、その行爲が具體的に違法な場合である。しかし他方、具體的個別的に行爲が正當かどうかは違法性の問題であつて、構成要件の段階の問題ではない。したがつて、具體的個別的に正當行爲であることがあきらか

にされた場合にのみ、行爲の構成要件該當性が阻却されると考えることも、構成要件の違法行爲類型としての性格と矛盾を生ずる。その解決は、一般的適法行爲の構成要件該當性を承認することによつて一應あたえられる、と。^(五)

しかしこうした解決は、犯罪論に關する通説の基本的體系に立つとしても、可能な唯一のものではない。藤木助教によつて、つぎのような反省がなされているのである。すなわち、構成要件該當性に先立つて行爲の具體的な違法性に立入ることは、犯罪を構成要件該當違法有責の行爲としてとらえる基本的立場とは、一應あい容れないようにみうけられる。しかし犯罪は、何よりもまず反社會的行爲である。そして一般の行爲については、構成要件に定型化された法益侵害を惹起することによつて、通常の事情の下ではその反社會性が認められる。だから構成要件に先立つて、行爲の一般的な反社會性を問題とする必要がない。これにたいして社會的相當行爲（一般的適法行爲）は、原則として反社會性のない行爲である。だからかかる定型に屬する行爲については、行爲の特殊の性格に鑑みて、まずその行爲が通常の事情の下で反社會性を帯びるかどうかを問題とすることは、必ずしも通説の基本的體系を崩すことにならないと思う、と。^(六) こうして結論としては、私が先述したのとは異つた觀點からではあるが、社會的相當行爲の構成要件該當性を認めることは妥當でないとされる。^(七) そして社會的相當性の限界を逸脱したものについて、はじめて通常の場合と同様に、構成要件該當違法有責の各段階について刑事責任の存否を論ずるのがむしろ妥當であり、また理論的にも矛盾しないのではなからうか、とされるのである。^(八) そのいわれるところは、江家教授の考え方に非常に近いと思われる。

要するに私は、爭議行爲に關する刑法的評價の問題としては、通常の事情の下における違法性（例外的な適法阻却

事由の存否）の判斷をまず行うことが、思惟經濟上すぐれているのではないかと考える。そしてその刑法學的體系における理論構成は、江家教授の説などに求めることができよう。またそのような判斷の仕方は、藤木助教教授によれば、刑法の通説的體系とも決して矛盾しないわけである。それだけではなく、行為の特殊の性格にもとづいて特殊のとりあつかいをする^{（九）}ことは、どのような立場に立つとしても、十分考えうることであらう。

ところで以上のべてきたのは、いうまでもなく爭議行為を原則として正當——一般的適法行為——と前提してのことである。そこでたとえ、すくなくとも單純な勞務提供の拒否が正當であることについては、今日もはや異論をみない。しかし現實にあらわれる爭議行為として、それだけにとどまりうることはむしろ例外的であり、スクラムなどのピケットを伴うのが普通だといつてよい。だから、それにもかかわらず、もしこれらのピケット——通常の爭議行為——を除外し、職場退去のような限られた一部を正當とみるにすぎないときは、爭議行為にたいして技術的に、一般の行為とちがつたとりあつかいをする理由はなくなるであらう。なぜなら、こうした立場からすれば、爭議行為についても構成要件該當性（原則）——違法性阻却（例外）の關係は、一般の場合と同じになる。通常の爭議行為は違法であるが、それが職場退去等にとどまつたという特別の事情あるときにのみ、違法性がないわけだからである。だからこのような立場にたいしては、違法性阻却説が、技術的に適しているといえるだろう。しかも違法性阻却説は、また逆に、爭議行為を一般に違法視する意識を溫存するのに、役立たされてきた面もあつたのではないかと思う。すなわち、現在爭議行為が原則として違法だとは、爭議權保障の建前からして、ややいいにくいことであらう。しかし構成要件該當性——違法性阻却は、原則——例外という構造をもっている。そして社會生活一般、たとえば抽象的に考えら

れた威力業務妨害一般と對比すれば、爭議行爲による業務妨害は特殊である。ところがこの原則——例外的關係が、構成要件に該當する爭議行爲一般のうち、特殊のものだけが適法とみとめられるというように、意識の中においてすりかえられる危険があつたのではないだろうか。ことに檢察廳あたりにとつて、爭議行爲以外の一般的適法行爲の定型に屬する行爲（たとえば外科手術）は、構成要件に該當しても、通常ほとんど問題にならないであろう。だから現實に違法性阻却の關係が考慮されるのは、主として、通常なら違法だが、例外的狀況によつてその行爲が適法化されるという場合（たとえば正當防衛）だけだと思われる。こうした思考の慣性から、構成要件に該當しても、爭議行爲には違法性の推定が働かないはずだ——刑法第三六條、第三七條による違法性阻却の場合とちがつて——という點が、ともすればあいまいにされ、しかも刑法第三五條を違法阻却事由とみる論理構成自體は刑法學の通説だつただけに、それがあつた程度刑法的な通説とまぎらわしい外觀をもつていたようである。だからこの點は、十分警戒しなければならぬ。そしてまた、檢察廳的意識と違法性阻却説との結びつきも、恐らくこのあたりにあつたように思われるのである。ただしこのような關連においてではなく、違法性阻却の論理構成自體が特定の意識の必然的あらわれであるかのように批判したところに、かえつて「意識と論理構造との混同」との批評をうむような、ある意味で的はずれの議論になる危険があつたのではないだろうか。

さてこのように考えてくると、基本的なのは爭議行爲にたいする法的評價であつた。もし爭議行爲を原則として正當とみるならば、違法性阻却説によるか否かは、論理的にはその技術的優劣が問題となるにすぎないであろう。だが他面、論理構成のもつ社會意識への作用という點も、無視されてはならないと思う。すなわち、違法阻却事由なのか

構成要件該當性を缺くのかという問題は、一つには社會的法意識を基礎とした、解釋技術的な問題であり、多分にトラディショナルなものであるということが指摘されている。たとえばドイツ刑法で、高速度交通機關の運轉や治療行爲が構成要件該當性を缺くといわれる場合、その必要性と公共性が社會意識の上で一般化（客觀化）・固定化しており、これを背景に、そのような理論構成がとられているのだとされるのである。^(二)もしそうだとすれば、その行爲の外形いかににかかわらず、正當な爭議行爲については構成要件該當性は問題にならない——あるいは構成要件該當性を缺く——という構成は、逆に社會意識の上に働きかけ、爭議行爲にたいする原則的正當性の意識を一般化・固定化するのに、いくらかでも役立つ面もあるのではないだろうか。

(一) 宮内教授、前掲一九頁。

(二) 有泉教授は、違法性阻却というように、いわば立體的に問題を處理することは實質的な意義があるとされる（前掲五五頁以下）。違法性阻却という構成によらなくても、立體的な處理は可能であるように考えるが、この點の検討は留保しておきたる。

(三) 江家教授「刑法講義總則篇」一四〇頁以下、一四七頁。

(四) 團藤教授「刑法綱要總論」一四一頁、なお後述のようにヴェルツェルらの見解でもある。

(五) 藤木助教授、前掲五五頁以下。

(六) 前掲五八頁以下。

(七) 藤木助教授は、構成要件の實際的機能（違法性推定）が失われる結果になるということを、その根據とされる（前掲五七頁）。しかし社會的相當行爲の構成要件該當性を肯定しても、それは構成要件に該當する行爲のうち、一定の社會的類型に屬するものについて、違法性推定機能に、その行爲の性格に応じた例外的制約をみとめることになるのにすぎないだろう。この

點からの批判は、必ずしも適切とはいえないように思われる。

(八) 前掲五九頁以下。

(九) たとえば、構成要件を、違法類型として——江家教授ないし通説のように——ではなく、行爲類型として把握する場合に、一般的適法行爲であつても、その構成要件該當性を否定できないであらう。しかしその場合でも、判斷の順序を前述のよゝうにすることによつて、正當な爭議行爲について構成要件該當性の問題を論ずる必要をなくすことは、必ずしも不可能でないと思う。もつともこのような順序をとることは、全體の理論體系からみれば、例外的思惟方法を作りだすことによつて體系の體裁を傷つけ、煩雜さを増す(その點では不經濟)かもしれない。しかしたとえば物理学において、ある理論を數學的に變形して、いろいろな形式にもつていける。そして具體的な問題にあてはめて解こうという場合には、目的に應じて便利な式から出發すればよいといわれる(武谷・磯田教授對談「物理学の理論と方法——法の解釋と對比して——」法律時報二八五)。そこで御教えをうけたい點であるが、犯罪の要素をどのように構成するかということさえ同じであるなら、判斷の順序などは、いわば式の變形に似たものではないかと漠然と考えている。そして爭議行爲の刑法的評價という目的にたいしては、前述の順序が便利ではないか、またこの點に關するかぎり、構成要件にたいするどのような考え方をとらうとも同じではないか、と思ふわけである。なお裁判例としても、たとえば三友炭礦第一審事件(福岡地裁飯塚支判23・3・22、判資10一七二)は、公訴事實をあげ、つぎに(事實認定や構成要件該當性の判斷をしめすことなく)直ちに本件爭議行爲は正當だとの判斷をしめし、無罪を言渡している。

また、以上は犯罪の一般成立要件として構成要件該當性、違法性、責任性、をあげる(あるいはこれに行爲を加える)立場を念頭においてきたのであるが、齊藤教授「刑法總論」改訂版七一頁などの採られているように、行爲、違法、責任、の三要素を數える立場においては、さらに明白に、一般的適法行爲は違法性のないものとして、はじめから刑法上問題にならず、したがつて、構成要件該當性の問題がおこらないのは、論ずるまでもないとされているのではないかと思う。ただいまでもなく、私は基本的な犯罪論の體系としての優劣から事を論ずる資格はない。そこでたとえ犯罪の一般成立要件として構成要件該當性をあげる立場を前提としても、爭議行爲については通常、構成要件該當性は問題にならないとする方が、思惟經濟からみて

すぐれているのではないかということを、論點としたのである。

(一〇) 小野判事は、「今日の社會において刑法三五條の適用される範圍ははなはだ廣い。しかし、刑法三五條の適用があるとして無罪を言い渡した判例はきわめて少い。それは、第一に何人の目にも違法性のないことが明らかな行為は、はじめから起訴されることがないからである。第二に、違法の疑いの強い事件でも、實際上起訴されないものが少くない」といわれている（法令または正當な業務による行為」總合判例研究叢書刑法(1)所收、三頁）。

(一一) 有泉教授は、山中教授が「違法性阻却を引合に出す場合に『正當防衛や緊急避難のように』とだけ言われて、肝心の勞組法一條二項で準用される刑法第三五條の正當業務をネグレクトされているのは不可解である」とされる（「爭議權という權利」前掲所收、八〇頁注二）。たしかに爭議行為の正當性の判斷が民法・刑法的なみかたに束縛されたものとなるか否かは、「勞働法そのものに對する見解から來る相違であつて、爭議の合法性を違法性の阻却とみるみかたから來るものではない」（有泉教授「爭議權の構成について」前掲六三頁）であらう。しかし山中教授のいわれるのは、違法性阻却説をとる檢察廳あたりの考え方の危険性を指摘したものとすれば、それはそれで正しいのではないかと思う（山中教授は違法阻却事由と構成する場合には「……というような理論も成立しうるであらう」とか、「……考え方に、もとずく場合が多い」（山中教授、前掲七一、七二頁）といわれており、必然的にそうなるとされたわけではない）。しかし宮島助教授が、山中教授にたいする有泉教授の疑問に賛成されながら（日本の爭議權の構成について」前掲五五頁注八）、しかも違法性阻却説が爭議權の本質に合致しないとされるのは、私には理解しにくい。

(一二) 宮内教授「勞働爭議と刑事責任」（日本勞働法學會編「勞働法講座」第三卷所收）五七三頁以下。そして教授は、「したがつて、個々の爭議行為とくにそれが相手方のトラディショナルな法益を侵害するものとして現象する場合、解釋技術的にはそれを違法阻却原因としてとられるべきかもしれない」（五七四頁）とされる。この點は私は本文のように、むしろ裏面から考えたわけである。

四 西ドイツにおけるストライキの法的評價と論理構成

ある範圍におけるストライキが社會的相當性をもち、單に適法化の効力だけでなく、構成要件該當性を阻却する効力を有するということは、第二次大戰後、西ドイツの新聞ストに關連する諸判決で、しばしばとられた考え方であつた。^(一)だがことにニッパードイがその鑑定書において、社會的相當行爲は構成要件該當的でなく、不法行爲として問題にならないこと、^(二)勞働法的ストライキが社會的相當性をもつこと、^(三)を主張して以來、この點に關する論議が深められてきたようである。そして反對論としては、周知のようにニーゼがその著書において、社會的相當性は構成要件該當性を阻却するものではなく、またストライキは社會的相當性をもち、^(四)と説くなどしたのである。つぎに兩者の論争によつて、その問題點をみていこう。^(五)

鑑定書においてニッパードイの主張した第一の要點は、最初に刑法學で發展した「社會的相當性」の原理は、全法律にたいして妥當しうるものである。そしてこの原理は、不法行爲に關する民法第八二三條の分野でも、その缺陷——それが單に規範（『通則』）と反對規範（『例外』）とから規制されるかぎり、構成要件——違法性の關係にあらわれてくる——を埋めるのに適しているということにあつたようである。すなわち、營業（民八二三條にいう、その他の權利）にたいする社會的に相當な、正常の經濟生活に適合する侵害は、なんら特別の適法化事由（違法阻却事由）の存しない場合でも、適法だということである。^(六)そしてこの點に關するかぎり、ニーゼも反對していない。^(七)ただそのさいの論理として、ニッパードイは、社會的相當性の方法的機能は、構成要件の形式的文言から、内容的にまつたこれに屬

さない生活過程を切除することにあるといい、社會的相當行爲の構成要件該當性を否定した。しかしこの論理構成は、ヴェルツェルのかつての見解にしたがつたまでであつたようである。^(八)のちにヴェルツェルの改説があり、ニーゼはこの點の刑法體系にとつての重要性と必要性を指摘して、ニッパードイを批判した。^(九)そして結局、ニッパードイ自身もその後前説を放棄して、社會的相當性を適法化事由と構成するに至つてゐるのである。^(一〇)

ただし彼は、その變更によつて私法上、勞働法上の結論には、何の變りもないことをとくに指摘する。^(一一)ストライキの社會的相當性の承認という點については、いふまでもなく何の變更もされてゐないのである。つまりその論理構成は、ストライキにたいする法的評價とはかかわりのない、社會的相當行爲一般に通ずる技術的處理の問題にとどまる。そして構成要件該當性阻却説は、西ドイツの刑法理論において——錯誤論上——難點をもつというのにすぎないだらう。^(一二)ここでも問題は、ストライキにたいする評價如何(社會的相當性の認否)にあるわけである。

ニッパードイは、「人間の共同生活の一般的秩序の枠内に止る行爲」^(一三)は社會的に相當であるとし、そして「勞働法的ストライキの社會的相當性は、單に一八六九年以來の全歴史的發展から(とくに工業條例一五二條の重要な規定から)および一般的法的確信からだけでなく、正當に理解された勞働組合概念からも生ずるものである」^(一四)とした。すなわち彼によれば、勞働法的ストライキは社會的相當行爲であるがゆゑに適法なのであつて、營業にたいする侵害について特別の適法化を要しない。そしてその社會的相當性は、いふまでもなく歴史的なものである。この點ヴェルツェルの説明にしたがうならば、社會的相當性とは「歴史的に生成した・共同生活の社會的倫理秩序の枠内において行動し、かつその秩序によつて承認されてゐる」^(一五)ことであり、それは「構成要件該當の態度の・共同生活の社會的倫理秩

序に根ざす（慣習法的）適法化事由^(一七)である。だからまた社會的相當性とその他の適法化事由との限界については、「一般に規範と例外との限界がそうであるように、個々の場合において流動的でありうる^(一八)」ということが指摘されていたのである。

ところがニーゼは、この點やや固定的基準によつていふように思われる。すなわち彼は兩者の限界を、その適法性が完全な無害性（völlige Harmlosigkeit）と優越的利益（Interessenübergewicht）との、いづれに根ざすかにおく。たとえば、支拂意思もしくは能力のない債務者にたいし、債権者が訴訟をもつて脅かすのは、「完全に無害な」強要である。ところがストライキの場合は、法律的手段の威嚇による既存の權利の實現ではなく、労働中止の威嚇によつて、あらたな權利の創設が強制される。それは著しい損害の威嚇により、他人の自由を制限するものである。ただストライキは經濟的集團主義に基いて成立し、かつその上に限られた現象として、團結自由の特殊の屬性として理解され、法的に秩序づけられることができる。その適法性は完全な無害性ではなく、利益の優越性によつて承認される、として、その社會的相當性を否定する^(一九)。「構成要件該當の強要は、ストライキの、法秩序により許容された集團的な自力救済權あるいは闘争權^(二〇)（das von der Rechtsordnung zugelassene kollektive Selbsthilfe-oder Fehderecht des Streiks）によつて適法化される」と説明するのである。だから用語法の相違をとつて考えるならば、問題は、ストライキであること自體を適法化事由とみるかどうか、ということにあるだろう。ニッバーダイはこれを肯定し、ストライキ自體の適法性を、慣習法的に率直に承認した。しかしニーゼは、ストライキの適法性を、從來知られた適法事由の一つに類推して、根據づけるといふ方法をとつたわけである。

ところでこのような、ストライキの社會的相當性をめぐる理論的對立は、ドイツの爭議權發展の歴史において、どのような位置を占めるものであらうか。前世紀末、一八九〇年の有名なライヒ裁判所の判決は、六九年の團結禁止撤廢にもかかわらず、ストライキの通告が、恐喝罪として刑法第二五三條により處罰されるとした。^(二二)しかしこのような解釋を維持しつづけるのは、當時においてもしだいに困難となつていたこというまでもない。二〇世紀にはいつて、ライヒ裁判所自身も、民事事件においてではあるが、その見解を明確にあらためたようにみられる。^(二三)ただしこの點に關する論理構成については、ワイマール時代の學說においても、かならずしも一致していない。たとえばカスケルは、勞働爭議にたいする刑法第二五三條の適用は、廢止的慣習法によつて排除されるといふ立場をとつていた。^(二四)だがジンツハイマーはこれに反對して、勞働爭議は團結の自然的行動の自由として許されているがゆえに、その違法性を阻却されるとした。^(二五)けれども一般に當時の學說は、爭議を自然的行動の自由の發現と考える點において、これをいわば市民的自由と同一平面でとらえていたといつてよいだろう。^(二六)

第二次大戰後、國際的にもそうであるように、また若干の州憲法においてストライキ權が保障されたように、爭議行爲にたいする權利意識がつよまつてきたのは、いうまでもないことである。そして現在ストライキが——ある範圍において——勞働爭議における適法な闘争手段であり、實定法によつて承認されていることは疑をいれない。^(二七)しかし他面連邦法においては、ワイマール時代とおなじく、爭議權の保障ないし爭議行爲の民刑事免責に關する明文規定をもたない。したがつて、解釋的にその免責の根據をあきらかにすることは、依然として問題だつたわけである。^(二八)しかも理論的な推移は、これを單純に自然的一般的行動の自由の發現としてとらえるだけでは、説明不十分であることを

意識させてきた。通常のストライキは單なる勞働の停止につくるものでなく、使用者側にたいする勞働者の集團的闘争である。要求實現のために故意に使用者の營業を阻害し、これに損害をあたえる闘争手段である。ところが一般的行動の自由は、他人の權利を侵害しない限度において、自由とされるはずだからである。^(二八)ところでこうして適法化の根據が追求されてきたとき、西ドイツでは、五一年頃からの勞働爭議の増大、經營組織法反對の政治ストなどを経験していた。そして一面において、爭議行為にたいする權利意識の進展をみるとともに、他面これにできるだけ厳しい枠をはめていこうとする傾向も、また強まっていたように思われる。

もちろんこの後者の立場でも、當然の前提として、ある範圍のストライキが適法であることは否定しない。しかしストライキが、勞働條件決定の「最後の手段」であることを強調し——組合の運動方針としてでなく、適法性の限界として——、例外的に許容されるものとして、その適法の範圍をしぼつていこうとするわけである。だからこうした立場にとつては、ストライキの適法化の根據を、自力救済等に類推していく——ニーゼのように——ことが、もつともとりやすい手段だつたと思われる。なぜなら、類推はまず、既存の論理との接續・吻合という點において有利である。しかも、緊急事態における違法阻却事由への類推は、その仕方によつては、適法性の幅を嚴格な要件でおさえるのに適した面をもつからである。もとより勞働爭議が、勞働者が自助的に團結し、自ら生存權を守る運動であつたという意味においては、これを集團的自力救済權とみる論理は、適切なものを含んでいる。また前述の後者の立場と、必然的に結びつくものでもない。^(二九)しかしその形式として例外的な違法阻却事由に類推した結果、ストライキの適法性の判斷には、そのような要件をそなえているか否かの検討が必要となる。すなわち、爭議行為であるそのことが、實

は違法性を阻却する例外的事情だというのではなくて、例外的事情の下で行われた爭議だけが、適法化されるということになるだろう。そして論者によつては、例外的な自力救済權ということから、「ストライキは他の適法化事由、なかならず超法規的緊急避難とともに、最後の手段としての補充的性格を分つ」^(三〇)ということが、いわれもするのである。

これにたいして、ストライキが社會的相當性をもつとする場合には、その適法性の判斷に、もはや他の類型的基準を求めてはいない。その意味では、ストライキを社會慣行的行為類型としてとらえ、ストライキであるそのことが、適法化事由だとする意識に連つていえるだろう。もつともその社會的相當性を認める立場においても、労働爭議は「最後の手段」ないし「最後の出口」として承認されているということが、しばしば説かれもする。しかしその場合、一つには今日の經濟組織にとつて、労働爭議が労働條件決定の最後の手段（いわば必要惡）だという構造的な指摘に、重點があるのだと思われ^(三一)。またそうではなく、個々にストライキが最後の手段として行使されたか否かという點に、社會的相當性の存否の判斷をからせている場合もある^(三二)。けれどもこの點は、論理の形式が變化しなから、その實質がまだこれに伴わない、一つの進化過程にあるのだとみてよいであろう。免責の論理形式の安定性からすれば、社會的相當性の論理は、ある意味であたかもイギリスの一八七五年法や一九〇六年法の段階に、一步近づいたものだと考へる^(三三)。

(1) Niese, Streik und Strafrecht, 1954, S. 28.

(11) (11) Die Ersatzansprüche für die Schäden, die durch den von den Gewerkschaften gegen das geplante BVG geführten

Zeigungsstreik vom 27.-29. 5. 1952 entstanden sind. Rechtsgutachten von Nipperdey, 1953, S. 39f., 41f. (angeführt von Niese, aaO., S. 29, 32f.) 鑑定書は参照すべきでないといふ。ニーゼの引用による。

(四) Niese, aaO., S. 30ff.

(五) 久保助教授 前掲参照。なおニーゼの著書について、久保助教授による外國文献解題(労働法12) 参照。

(六)(七) Niese, aaO., S. 29f.

(八) vgl. Niese, aaO., S. 30. この點に關し鑑定書と同じ見解を説く Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts (von Nipperdey), 1955, S. 918ff. Welzel, Das Deutsche Strafrecht (3. Aufl., 1954), S. 61 等を参照しよう。

(九) Welzel, Das Deutsche Strafrecht (4. Aufl., 1954), S. 62 は、社會的相當性を適法化事由 (Rechtfertigungsgrund) の1とした。なお、この點のヴェルツェルの理論とその批評について、齊藤教授譯「ガラス・犯罪論の現狀」(早稻田法學 三三・三・4) 五五三頁以下参照。

(一〇) ニーゼは、社會的相當性が構成要件該當性を阻却するとすれば、つぎのような不都合な結果になるといふ。すなわち、誤つて自己の態度が社會的に相當だと考えた行爲者は、故意を阻却する構成要件の錯誤において行動することになる。したがつて、自己の獨自の慣習を社會的慣行と考える人々は、無罪となるだろう。(Niese, aaO., S. 32)。

(一一) Huck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 2. Bd. (von Nipperdey, 6. Aufl., 1955), S. 640, Anm. 36, Derselbe, Arbeitskampf als unerlaubte Handlung (Festschrift für Friedrich Stizler), 1956, S. 95, Anm. 50. その理由として、ニーゼは「dogmatischen Gründen」から前説を放棄するものだけをあげてゐる。ただ、ヴェルツェルも最新(五)版において社會的相當性を適法化事由の一つとしてゐる點が、附記されてゐる。

(一二) Nipperdey, aaO. なるこの點は、Niese, aaO., S. 30; Huck, Die Grenzen des rechtmäßigen Streiks (Festschrift für Wilhelm Herschel), 1955, S. 36 を指摘してゐた。

(一三) 注一〇参照。構成要件該當性阻却説にたゞすこのような立場からの批判は、わが國ではないように思う。

(一四)(一五) Angeführt von Niese, aaO., S. 29, 32f.

爭議行爲の正當性と「社會的相當性」の觀念

(16)(17) Welzel, Das Deutsche Strafrecht (6. Aufl., 1958), S. 74

(18) Welzel, (2. Aufl., 1949) S. 47. 當時ヴェルツェルは、社會的相當行為は構成要件に該當しないとしていた(S. 36)。現在前述のように、社會的相當性を適法化事由の一とし、社會的相當行為も構成要件に該當するか、それによつて違法性を徴表しないものとみづる(6. Aufl., S. 73f.)。しかしその變更は、ニーゼの指摘するように(Niese, aaO., S. 34)、本文で引用した點には影響ないであらう。

(19)(20) Niese, aaO., S. 34ff., 39f.

(21) RGSt., Bd. 20 S. 114ff. (Urt. v. 6. Oktober 1890). 事件の内容を紹介しておこう。(I) リューベックの木工労働組合は、一八九〇年二月二〇日のライヒ國會選舉日に労働しないことを決議した。ところがある使用者は、もし選舉日に労働するならば、翌日と翌々日は休日にあたえることを、その従業員に通知した。しかし労働者は、選舉日から三日間労働をせず、問題を組合にもちこんだ。組合は使用者が二日間賃金を支拂うべきこと、さもなくばさらに八日間ストライキをすることを決議し、被告人らは委員としてその旨を使用者に通告した。使用者はストライキによる損失をさけるため、その支拂いを強制された。(II) 他の使用者は、二月二四日、その命令に従わなかつたという理由で、四人の労働者を解雇した。組合はこれに反對して、四人が再雇されるまでストライキすることを決議し、作業場のまわりにピケットをはつた。被告人らは委員として使用者に、四人を直ちに再雇し、一日分の日給を支拂うこと、四人を次の土曜日に再び解雇しないことを要求し、もしこれを拒絶する場合には、さらにピケットが續けられることを通告した。使用者はストライキから生ずる損失を顧慮し、その要求に同意した。しかしそのため、被告人らは恐喝として有罪判決をうけ、これにたいして上訴した事件である。ライヒ裁判所は、つぎのようにこれを棄却した。

恐喝罪における財産上の利益の違法性の概念は、「獲得しようとした財産上の利益にたいする權利の不存在(Nichtbestehen eines Rechtes oder eines begründeten Anspruchs) 以上の何ものをも要しない」。「全労働者の労働の再開が中止されること、あるいはP. & W.の作業場への交通阻止が持續されることの通告は、上記曾社への通告の實行がもたらすところの、確實にして重大な金銭上の不利を顧慮するならば、害惡の通告、したがつて脅迫と認められるのであつて、法律の解釋の誤りは存

しなく」(S. 117)。¹⁾工業條例一五二條の規定は、「一般にただ將來より有利な賃金及び労働諸條件を獲得しようとする約定及び同盟にのみ關しうるものである」(S. 119)。²⁾以下の問題はしかしながら、一五二條にふくまれた團結の自由の承認によつては、全くふれられていない。すなわち、團結の結成自體は別として、そのほかに團結した労働者あるいは使用者が、一五二條にかかげられた目的達成のために、いかなる手段を處罰されることなしに用いることが可能であり、かつ許されているかというものである。これらの手段が他の法律により禁ぜられており、かつそれを用いることが可罰的であるならば、禁止及び罰條は、かかる手段を用いるかぎり、團結及び團結のためにする行動にも該當する。そのかぎりにおいて、團結及びその代表者の法的地位は、個々の労働者あるいは使用者と全くおなじである(S. 120)、と。

(111) RGZ, Bd. 64 S. 52ff (Urt. v. 12. Juli 1906) パン屋労働者の待遇改善闘争に關する事件である。組合側は要求を認めない使用者にたいするストライキを決議し、新聞廣告でホイコットによる支持をよびかけた。これに對する損害賠償請求等の訴えで、原告は、被告らは脅迫によつて、労働關係に關して、一定の約定に加盟することを使用者らに強制しようとしたのであり、工業條例一五三條違反だと主張した。判決はこの點を、つぎのようにしりぞけた。「工業條例一五二條にかかげられた種類の争議を攻撃的もしくは防禦的に闘う手段は、相手方の抵抗する意思を屈服させること、相手方に害惡を加えることによつて讓歩を強制することを適法とされるのであり、かつそのさい問題となる手段の現實の適用は、その手段の單なる脅迫とくらべてよりはけし、抵抗を破るためにより有効な手段である。立法者がより強度の強制手段を許容しておきながら、よりおだやかな手段を處罰しようとしたと考えることは、不可能だと思われる。それは合目的性の觀點からも、全く理解しがたいところである」(S. 60)、と。なお一八九〇年の事件にしても、總選舉に關連していたという意味では、かなり特殊な事例であつたわけである。そしてその後、單純なストライキに恐喝罪が適用された例は、あまり知られていない。それだから次註のカスケルの見解もあらわれたわけであらう。

(112) Kaskel, Arbeitsrecht, 1925, S. 328f. なカスケルによる最近の改訂版 (Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, 5. Aufl., 1957, S. 326ff.) では、一定範圍の労働争議が適法であり、社會的に相當であることが認められてゐる。

(113) Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 1927, S. 287, 87. (橋崎・蓼沼助教授譯「労働法原理」二八六頁、九四頁)。

争議行為の正當性と「社會的相當性」の觀念

(二五) 横井助教授「ドイツにおける労働爭議の法理」(季刊労働法15) 参照。

(二六) Niese, aAO, S. 3 (z.B. § 23 KSchG, §§ 63, 94 AVAVG)

(二七) ことに一面では、解約告知なしになされたストライキの債務不履行責任を否定する主張が、學說判例において勢をえだしてきた。また五二年の新聞ストをめぐる、政治ストの適法性の問題も、論議的となるに至った。だからこれらの問題解決のために、爭議行為の適法化の根拠を、より明確にする必要にせまられたものと思われる。

(二八) vgl. Niese, aAO, S. 35; Huck, aAO, S. 40.

(二九) たとえば、労働爭議と個々の労働契約との關係についてみると、ニーゼは、解約告知なしのストライキは契約違反で違法だとする(aAO, S. 48)。だが、Schorr von Carolstfeld, Arbeitsrecht, 1954, S. 322 は、ストライキ權をおなじく廣義の一種の自力救済權とみなながら、解約告知は必要でなくとする。また Bulla, Das zweifelhafte kollektive Wesen des Arbeitskampfes (Festschrift für H. C. Nipperdey, 1955), S. 184~7 も、ニーゼを引用し、ストライキは集團的自力救済權あるいは闘争權として認められるとしながら、同時に社會的相當性をまつとせよ、解約告知なしになされたストライキの契約責任を否定する。これに反して、Osswald, Der Streik und die ihm durch das Strafrecht gezogenen Grenzen, 1954, S. 26, 29 は、ストライキの社會的相當性を認めながら、解約告知のない場合は労働契約違反だとする、といった具合である。

(三〇) Niese, aAO, S. 73. そして、もし可能な場合には、國家の助成する調整手段によつて利害の對立を妥協させ、その失敗の後にはじめて労働爭議にはいるべきだ、というわけである。

(三一) vgl. Huck, aAO, S. 41. 「今日の經濟組織は、平和的交渉の失敗の可能性を考慮し、それ故に労働爭議を、公正な労働條件に達するための最後の出口 (letztes Ventil) として承認する」。

(三二) たとえば Huck-Nipperdey, aAO, S. 647~8. そしてこの點から、前掲(三〇)のニーゼと同じような見解をひきだしうる。

(三三) コモン・ローにおいても、労働爭議にたいする不法行為責任を排除するため、適法化事由 (just cause) である「營業競爭」に類推したとさう歴史をもつてゐる (たとえば Allen v. Flood [1898] A. C. 1)。だがその場合、爭議行為が自利追

求を目的とするか否かという點において、陪審ないし裁判官の主觀に左右される危險があつた（たとえば *Quinn v. Leatham* [1901] A.C. 495 では、爭議行爲が自利追求を目的とせず、適法な營業競争のごとき抗辯をもたないという理由で、いわゆる民事共謀とされた）。そしてこうした危險を解消するため、一九〇六年法は「勞働爭議の計画または遂行のため」の行爲には、民事共謀の適用を否定したのであつた（第一條）。これにくらべると、西ドイツで社會的相當性の觀念が用いられる場合でも、勞働爭議の計画または遂行のための行爲が、すべて社會的相當行爲だとされるわけではない。しかしある範圍では、やはり爭議行爲であること自體が適法化事由とみられるわけである。そしてそれは自力救済とくらべて日常慣行的な觀念であり、この點でも通常の爭議行爲一般を廣く包含しやすいはずであろう。

五　　むすび

——爭議權の發展と社會的相當性の觀念——

以上のべてきたところを要約すれば、つぎのようになるだろう。

第一に、明示的規定をもたずに爭議行爲の免責を是認していくことは、歴史的に、何らか從來知られた適法化事由の類推、という形においてはじまりやすいであろう。たとえば英米では、民事共謀の適用排除に、「營業競争」の法理が類推された。^(一)だが西ドイツでは、他面勞働平和が強調されたからでもあらうか、ストライキを緊急狀態におけるそれに類推し、集團的自力救済權と構成する主張があらわれた。しかしその適法性が、より強く法と生活に根ざして意識された場合には、社會的相當性の論理をとることも可能であつた。^(二)それは例外的な緊急狀態の觀念からはなれただけでなく、もはや特定の適法化事由に類推することもしない。ある範圍において、ストライキ自體を適法化事由とみるものである。

第二に、爭議行為を是認する場合、違法性阻却という構成によるかどうかは、その法的評價とかかわりのない技術的問題（ただしその刑法體系によつては、實質の意味をもちうる場合もある）にすぎない。しかし違法性阻却の構成は、特別の違法阻却事由についてとられる場合と、社會的相當行為についてとられる場合とがある。そして爭議行為を前者——ことに緊急状態におけるそれ——に類推するという形をとる場合には、適法であるためにかなり嚴格な要件を要求することにもなりやすい。また緊急状態での特別の違法阻却事由についての慣性として、違法性阻却説自體に、そのような思考の型が附着するおそれがあるともいえるだろう。だから違法性阻却説によるとき必要なのは、爭議を特別の場合にのみ適法とみる、こうした初期的段階の思考の型をのこしておかないことである。檢察廳的意識は、むしろ反對にこれを利用したようであり、批判されなければならないであろう。ただし社會的相當性の論理をとり、あるいは構成要件該當性は問題にならないと構成した場合でも、どのような爭議行為がそれにあたるとみるか、という問題ののこつていることはいふまでもない。

第三に技術的問題として、爭議が原則として正當と評價されるようになった段階では、爭議行為についてはその正當性（例外的な適法阻却事由の存否）の判斷を先行させる——あるいはその意味で、正當行為は構成要件に該當しないと構成する——方が、思惟經濟上すぐれた點をもつ。またそのような構成は、人間の思考の慣性上——論理的には違法性阻却説によつても當然の結論であるが——爭議行為が原則として刑法的關心の對象とされるべきではないという、社會的法意識を強めるのに有利に作用しうるであらう。

さてこのように考えると、依然としてのこされた問題は、どのような爭議行為を正當とみるかにかかつている。そ

してこの點、その基本的性格として指摘されていることであるが、爭議權は闘うことによつて有つてきたという歴史をもつ權利であることに、注意する必要があるだろう。規範論理としても、國際的にそれはなお生成の途上にある。だから諸外國の事例をみる場合にも、労働基本權の保障をもつたが國としては、解釋により概念の修正をはかつている段階の論理構成と、憲法による原理の轉換とを混同してはならないことである。そして歴史的發展においてみるならば、社會的相當性の理論は、つぎのように理解しうるのではないかと思う。

爭議の本質的適法性がみとめられなければならないのは、労働者がその生存の目的を達するための、その自力救済の性格によるといつてよいだろう。ただその適法化の構成としては、既存の特別の違法阻却事由に類推するよりも、社會的相當行爲の觀念でとらえた方が、より安定性をおびると思われる。しかしながらその西ドイツの理論は、勞使の形式的平等を前提とし、したがつて労働者の基本權としての爭議權の保障をもたないという連邦憲法の制約を反映して、爭議を適法化するのに、一般的にはいわば初期的性格を、かなりのこしているようである。たとえばその多數説は——もとより反對の判例學説もかなり存するが——ストライキの社會的相當性（ないしその適法化）の範圍を、^(三)勞使間の問題解決ということに限定することによつて、目的の面からの限界をきびしくしている。たしかにその論理は、一面では——英米における「營業競争」への類推とおなじく——資本主義の上昇期において市民法的論理自體によつても否定できなかった、爭議の適法性のぎりぎりの根據をしめしているだろう。だから現在では、ストライキの「制度的性格」ないし「秩序形成手段」であることが、つよく主張されている。^(五)だが他面爭議の目的が、資本制經濟の發達に伴つてどのように變化するかについては、まだあまり考慮するに至つていない。もとよりカップの反亂にた

いするゼネストを闘つたドイツとして、政治ストなどについても、抵抗權ないし正當防衛的意識がわすれられてはいない。^(六)しかしそれは、緊急事態における違法性阻却として、例外的に認められるにすぎないようである。概してその理論は、刑事責任ないし不法行爲責任に關するかぎり、いわば從來の論理によつてすでに承認されていた免責の、あらたな法形式による確認、という範圍をでないといつてよいだろう。

しかしそれにもかかわらず、社會的相當性の論理は、方法論的にやはりあらたな意味がみとめられると思う。なぜなら、適法化事由として從來の類型への類推にたよるときは、現實のもつ、既存の論理にたいする類似性が強調される。だからその論理に收らない面の性格は、ともすれば無視されるおそれをさがたい。これにたいして、社會的相當性は本來慣習法的適法化事由である。したがつて從來の論理にかかわらず、歴史的事實と社會の現實を直視する。そして慣行的な、現實の爭議行爲をそのまま是認するという態度につらなりうるはずのものであらう。すなわちそれは、より爭議の實體に即した、事實の性格にもとづく評價に、途をひらくものと思われる。そしてそのことによつて、むしろ爭議權理論に原理的轉換を促す契機ともなりうるだろう。^(七)

實體に即して考えるかぎり、ストライキは、單純な勞使間の團體交渉の手段にかざられるものでなく、また集團的勞務提供の拒否につきるものでもない。實際、勞働者の規範意識においては、團體行動は生存權にかかわるものとして意識され、要求、實踐されてきた。そして生存權確保のためにどのような闘争が必要であつたか、また必要とするかは、歴史がこれを證明し、現實がこれを教えている。もし「歴史的に生成した・共同生活の社會的倫理秩序」が、社會の成員に人間らしい生存を否認しようとするものでないならば、これらの歴史の中で踏み固められてきた自助的

行動様式は、社會的相當行爲として承認するほかないであろう。そして今日のわが國では、勞働基本權としての生存權、團體行動權の保障をもつ。それはすくなくとも、こうしたことの憲法的確認をふくむと考えて、太過ないであろう。だから、西ドイツの學說について考慮すべきなのは、このような類推にたよらない考察方法が必然にできたということであり、その考察方法によつてやがて克服されるであろうところの、現在のその理論そのものではない。より具體的にいうならば、爭議權の内容として、目的については政治ストを含めて、社會構造的に生存權確保のため向うことを必然とされる諸目的が、是認されなければならない。また手段としては、すくなくとも團結を強化擴大するための勞働者にたいする社會的規範の強制が、是認されなければならないであろう。最後の點については、他の機會を得て詳論したい。

(一) 前註(三三)參照。

(一) Niese, aaO, S. 33 は、「ストライキが社會的相當性をもつということの確立は、一つの適法化事由という意味のストライキ權の承認よりも、はるかに強く法と生活に根を下ろすことを前提とする」という。

(二) 議會の意思に壓力を加える政治ストを正當とみるものとしては、普通、西ベルリン勞働裁判所の判決 (ArbG Berlin v. 22. 10. 1952) や Schmidt, Zum politischen Streik (Gewerksch. Monatshefte 1954 S. 1), Bauer, Politischer Streik und Strafrecht (JZ 53, 649) などがあげられるようである (Niese, aaO, S. 101, 6)。なお西ベルリン地方勞働裁判所の判決 (LG AG Berlin v. 17. 8. 1953) も、新聞ストにたいする損害賠償の訴えを、憲法的根據 (西ベルリン憲法第一八條) から却けた (Oswald, aaO, S. 12)。そのほか、政治的示威ストを是認するものは Abendroth, Carolsfeld など (Niese, aaO, S. 103)。(四) たとえば Huck-Nipperdey, aaO, S. 639ff; Huck, aaO, S. 37ff. 片岡助教授「爭議權の性格」(勞働法 11) 二二頁參照。(五) 久保助教、前掲、蓼沼助教「爭議權の承認と爭議行爲の法的評價」(一橋大學創立八十周年記念論集、下卷) 參照。

爭議行爲の正當性と「社會的相當性」の觀念

- (六) たとえば Huck-Nipperdey, aaO., S. 644; Huck, aaO., S. 39; Osswald, aaO., S. 39. 片岡助教授、前掲二四頁參照。
- (七) たとえば Schmid (前註三)は、政治ストの權利を、一面では歴史的發展の上に、他面では使用者團體の壓力作用に對する正當防衛によつて基礎づけているといわれる (Niese, aaO., S. 101)。彼の論文を直接見ることができなかつたが、社會的相當性の觀念は、こうした考え方の構成に適した點をもつと考える。